



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Augustinergasse 3, Postfach 1654, 1701 Freiburg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

601 2018 168
601 2018 169

Urteil vom 9. November 2018

I. Verwaltungsgerichtshof

Besetzung	Präsidentin: Richterinnen: Gerichtsschreiberin-Praktikantin:	Marianne Jungo Anne-Sophie Peyraud, Daniela Kiener Alissia Gil
Parteien	A._____ , Beschwerdeführerin , vertreten durch Rechtsanwalt Marc Spescha gegen AMT FÜR BEVÖLKERUNG UND MIGRATION, Vorinstanz	
Gegenstand	Bürgerrecht, Niederlassung, Aufenthalt Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach vorläufiger Aufnahme Beschwerde vom 22. Juni 2018 gegen die Verfügung vom 23. Mai 2018 (601 2018 168) Gesuch um Gewährung der vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege vom 22. Juni 2018 (601 2018 169)	

Sachverhalt

A. A. _____, geboren im Jahr 1953, ledig, Mutter von vier volljährigen Kindern, ist türkische Staatsangehörige. Sie reiste am 17. November 1998 mit einem Besuchervisum in die Schweiz ein, wo sie am 17. Februar 1999 ein Asylgesuch stellte. Mit Verfügung vom 11. Juli 2000 lehnte das Bundesamt für Flüchtlinge (heute: Bundesamt für Migration) das Asylgesuch ab und verfügte die Wegweisung aus der Schweiz sowie deren Vollzug. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde von der damals zuständigen Schweizerischen Asylrekurskommission mit Urteil vom 16. März 2001 abgewiesen.

In der Folge stellte A. _____ am 23. Mai 2001 ein Gesuch um Gewährung des Familienasyls sowie ein Gesuch um Gewährung der vorläufigen Aufnahme (Wiedererwägung im Vollzugspunkt). Mit Verfügung vom 29. August 2001 schrieb das Bundesamt für Flüchtlinge das Gesuch um Gewährung des Familienasyls als gegenstandslos ab, da die Gesuchstellerin ihren Wohnort am 13. Juli 2001 verlassen habe und seither ohne bekannte Adresse bzw. legalen Wohnsitz sei.

Mit Eingabe vom 28. September 2003 stellte A. _____ abermals ein Gesuch um Gewährung des Familienasyls sowie ein Gesuch um Gewährung der vorläufigen Aufnahme (Wiedererwägung im Vollzugspunkt). Diese Gesuche wurden vom Bundesamt für Flüchtlinge mit Verfügung vom 8. Oktober 2003 abgewiesen, wogegen A. _____ Beschwerde an das nunmehr zuständige Bundesverwaltungsgericht erhob. Mit Urteil D-6353/2006 vom 7. Oktober 2009 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde hinsichtlich des Gesuchs um Gewährung des Familienasyls ab. Hinsichtlich des Wiedererwägungsgesuchs im Vollzugspunkt wurde die Beschwerde indessen gutgeheissen und das Bundesamt für Migration angewiesen, den Aufenthalt von A. _____ in der Schweiz nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln.

B. Am 6. Dezember 2017 stellte A. _____ beim kantonalen Amt für Bevölkerung und Migration (BMA) ein Gesuch um Umwandlung ihrer vorläufigen Aufnahme (Ausweis F) in eine Aufenthaltsbewilligung (Härtefallgesuch).

Das Gesuch wurde mit Verfügung vom 23. Mai 2018 unter Kostenfolge abgelehnt. Dies mit der Begründung, die Integration der Gesuchstellerin könne nicht als erfolgreich angesehen werden, da sie nur gerade während zweier Monate erwerbstätig gewesen sei, obschon sie sich seit bald 20 Jahren in der Schweiz aufhalte. Derzeit sei sie nur deshalb finanziell unabhängig, weil sie Ergänzungsleistungen beziehe. Zudem beeinträchtige die Verweigerung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an eine vorläufig in der Schweiz aufgenommene Person keineswegs die Fortdauer ihres Aufenthalts in der Schweiz, da sie nicht zum Verlassen des Landes aufgefordert werde. Das öffentliche Interesse an der Vermeidung allfälliger Sozialkosten überwiege das private Interesse der Gesuchstellerin an einer Aufenthaltsbewilligung. Es liege kein schwerwiegender persönlicher Härtefall vor.

C. Gegen diese Verfügung erhob A. _____, vertreten durch Rechtsanwalt Marc Spescha, am 22. Juni 2018 Beschwerde an das Kantonsgericht Freiburg. Sie stellt den Antrag, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, beim Staatssekretariat für Migration (SEM) die Zustimmung zur Umwandlung der vorläufigen Aufnahme in eine Aufenthaltsbewilligung zu beantragen. Zudem sei ihr für das Beschwerdeverfahren die vollständige unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

In ihren Bemerkungen vom 13. Juli 2018 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde.

Auf die weiteren Parteivorbringen und die eingereichten Unterlagen wird – soweit für die Entscheidfindung erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1.

1.1. Das Kantonsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 114 Abs. 2 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege [VRG; SGF 150.1] i.V.m. Art. 7 Abs. 2 des kantonalen Ausführungsgesetzes vom 13. November 2007 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AGAuG; SGF 114.22.1]). Die Beschwerdeführerin ist zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 76 lit. a VRG). Die Beschwerdefrist wurde eingehalten (Art. 79 Abs. 1 VRG).

Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.2. Mit der Beschwerde an das Kantonsgericht können die Verletzung des Rechts einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 77 VRG). Die Rüge der Unangemessenheit ist vorliegend ausgeschlossen (Art. 78 Abs. 2. VRG).

2.

Vorliegend ist streitig, ob die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach vorläufiger Aufnahme (Härtefallgesuch) zu Recht abgelehnt hat.

2.1. Ist der Vollzug der Wegweisung eines Ausländers, der nicht im Besitz einer ausländerrechtlichen Bewilligung ist, nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so verfügt das SEM die vorläufige Aufnahme (Art. 83 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG; SR 142.20]). Vorläufig aufgenommene Personen können jederzeit ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung stellen (ILLES, *in* Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 2010, Art. 84 N. 24). Halten sie sich seit mehr als fünf Jahren in der Schweiz auf, haben die zuständigen Behörden dieses Gesuch unter Berücksichtigung der Integration, der familiären Verhältnisse und der Zumutbarkeit der Rückkehr in den Herkunftsstaat vertieft zu prüfen (Art. 84 Abs. 5 AuG). Diese Aufzählung der einschlägigen Faktoren ist jedoch nicht abschliessend (Urteil BVGer C-1136/2013 vom 24. September 2013 E. 4.3 mit Verweis auf Urteil C-5769/2009 vom 31. Januar 2011 E. 4.3; siehe auch SEM, Weisungen AuG, 2013 Stand 2018, Ziff. 5.6.10). Auch wird mit dieser Norm kein eigenständiger ausländerrechtlicher Zulassungsgrund für vorläufig aufgenommene Personen geschaffen. Vielmehr werden die Migrationsbehörden aufgefordert, der besonderen Situation dieser Personenkategorie im Rahmen des Entscheids über das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls nach Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG Rechnung zu tragen (vgl. Urteil BVGer C-930/2009 vom 5. Dezember 2012 E. 4.2; Urteil BGer 2C_1003/2012 vom 9. Oktober 2012 E. 2). Dabei sind alle Kriterien zu berücksichtigen, die die Rechtsprechung bereits zum altrechtlichen Begriff des schwerwiegenden persönlichen Härtefalls nach Art. 13 lit. f der inzwischen aufgehobenen Verordnung

vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO; AS 1986 1791) als der Vorgängerregelung von Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG entwickelt hat und die anlässlich der auf den 1. Januar 2008 in Kraft gesetzten Totalrevision des Ausländerrechts Eingang in den nicht abschliessenden Kriterienkatalog von Art. 31 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) gefunden haben (vgl. hierzu Urteil BVGer C-5769/2009 vom 31. Januar 2011 E. 4.3 und 4.4).

Gemäss seinem Wortlaut, seiner Zielsetzung und seiner Systematik kommt Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG Ausnahmecharakter zu. Ein schwerwiegender persönlicher Härtefall im Sinne des Gesetzes darf nicht leichthin angenommen werden. Erforderlich ist vielmehr, dass sich die ausländische Person in einer Notlage befindet. Das bedeutet, dass ihre Lebens- und Existenzbedingungen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von ausländischen Personen, in gesteigertem Mass infrage gestellt sind bzw. die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung für sie mit schweren Nachteilen verbunden wäre. Entscheidend ist, ob die Aufgabe des Aufenthalts in der Schweiz und die Rückkehr in das Herkunftsland die Existenz der ausländischen Person in gesteigertem Masse infrage stellen und mithin eine besondere Härte bewirken würden. Darüber ist aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalls zu befinden. Besonders wichtige Wertungsgesichtspunkte führt, wie bereits erwähnt, Art. 31 Abs. 1 VZAE im Sinne einer nicht abschliessenden Aufzählung auf. Im Einzelnen werden folgende Kriterien genannt: Die Integration (lit. a), die Respektierung der Rechtsordnung (lit. b), die Familienverhältnisse (lit. c), die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung (lit. d), die Dauer der Anwesenheit (lit. e), der Gesundheitszustand (lit. f) und die Möglichkeit für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat (lit. g). Durch letzteres Kriterium (lit. g) ergibt sich eine gewisse Überschneidung von Sachverhalten, die gemäss Art. 83 AuG zu vorläufiger Aufnahme führen können. Das Kriterium der Zumutbarkeit einer Rückkehr in das Herkunftsland ist für vorläufig Aufgenommene ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der Möglichkeit einer Wiedereingliederung im Herkunftsland von Bedeutung. Die Schutzfunktion wird von der vorläufigen Aufnahme wahrgenommen, über die die ausländische Person im Anwendungsbereich von Art. 84 Abs. 5 AuG bereits verfügt (Urteil BVGer C-5769/2009 vom 31. Januar 2011 E. 6.5).

2.2. Bei der Beurteilung eines Härtefalles müssen wie erwähnt sämtliche Umstände des jeweiligen Einzelfalls berücksichtigt werden. Die Anerkennung als Härtefall setzt nicht zwingend voraus, dass die Anwesenheit in der Schweiz das einzige Mittel zur Verhinderung einer persönlichen Notlage darstellt. Indes genügen eine langdauernde Anwesenheit und die gute Integration sowie ein klagloses Verhalten für sich allein betrachtet nicht, um einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall zu begründen. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass die ausländische Person so enge Beziehungen zur Schweiz unterhält, dass von ihr nicht verlangt werden kann, in einem anderen Land – insbesondere in ihrem Heimatstaat – zu leben. Berufliche, freundschaftliche und nachbarschaftliche Beziehungen, welche die betroffene Person während ihres Aufenthaltes in der Schweiz knüpfen konnte, genügen dieser Anforderung gewöhnlich nicht (Urteil BVGer C-1884/2009 vom 6. März 2012 E. 6.3 mit Verweisen). Immerhin werden bei einer sehr langen (und legalen) Aufenthaltsdauer – wobei praxisgemäss auf die Dauer von 10 Jahren abgestellt wird – weniger hohe Anforderungen an das Vorliegen besonderer Umstände, wie etwa eine überdurchschnittliche Integration oder andere Faktoren, gestellt, welche die Rückkehr ins Heimatland als ausgesprochen schwierig erscheinen lassen (vgl. Urteil BVGer C-4306/2007 vom 11. Dezember 2009 E. 6.3 mit Verweis auf BGE 124 II 110 E. 3).

3.

3.1. Vorliegend hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung die Ablehnung des Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung einzig damit begründet, die Integration der Beschwerdeführerin könne nicht als erfolgreich angesehen werden, da sie während ihres bald 20-jährigen Aufenthalts in der Schweiz nur gerade während zweier Monate erwerbstätig gewesen sei. Derzeit sei sie nur deshalb finanziell unabhängig, weil sie Ergänzungsleistungen beziehe. Zudem beeinträchtige die Verweigerung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung keineswegs die Fortdauer ihres Aufenthalts in der Schweiz, da sie nicht zum Verlassen des Landes aufgefordert werde. Das öffentliche Interesse an der Vermeidung allfälliger Sozialkosten überwiege ihr privates Interesse an einer Aufenthaltsbewilligung. Es liege kein schwerwiegender persönlicher Härtefall vor.

3.2. Mit dieser Begründung hat es die Vorinstanz unterlassen, bei der Prüfung des von der Beschwerdeführerin eingereichten Härtefallgesuchs sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und sich zu den Kriterien nach Art. 31 Abs. 1 VZAE differenziert zu äussern.

So hat die Vorinstanz insbesondere den Umstand, dass sich die Beschwerdeführerin seit bald 20 Jahren in der Schweiz aufhält und seit über 8 Jahren vorläufig aufgenommen ist, gänzlich ausser Acht gelassen, obschon rechtsprechungsgemäss bei einer mindestens 10-jährigen (legalen) Aufenthaltsdauer weniger hohe Anforderungen an das Vorliegen besonderer Umstände, wie etwa eine überdurchschnittliche Integration oder andere Faktoren, gestellt werden, welche die Rückkehr ins Heimatland als ausgesprochen schwierig erscheinen lassen (vgl. E. 2.2 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Auch hat die Vorinstanz die Beziehung der Beschwerdeführerin zu ihren vier Kindern, welche allesamt über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügen, in keiner Weise gewürdigt. Diesbezüglich wäre zu berücksichtigen gewesen, dass die Beschwerdeführerin ganz offensichtlich ein sehr enges Verhältnis zu ihren Kindern hat. Sie lebt im selben Haus wie zwei ihrer Kinder, mit welchen sie täglichen Kontakt pflegt. Auch betreut sie regelmässig ihre ebenfalls im selben Haus lebenden Enkelkinder. Demgegenüber verfügt die Beschwerdeführerin über kein tragfähiges soziales Beziehungsnetz in der Türkei (vgl. hierzu auch das Urteil BVGer D-6353/2006 vom 7. Oktober 2009 E. 5.4.1). Dieser Umstand fällt umso mehr ins Gewicht, als die Beschwerdeführerin Analphabetin ist, weshalb eine Wiedereingliederung in ihrem Herkunftsstaat, wo sie nach beinahe 20-jähriger Landesabwesenheit erstmals wieder auf sich alleine gestellt wäre, als fraglich erscheint.

Des Weiteren hat die Vorinstanz unberücksichtigt gelassen, dass die Beschwerdeführerin, welche von ihren Kindern seit jeher nicht nur persönlich, sondern auch finanziell unterstützt wird, nie Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen und auch stets die geltende Rechtsordnung respektiert hat. Namentlich hat sie sich strafrechtlich nie etwas zu Schulden kommen lassen und es existieren keine Betreibungen gegen sie.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass nicht nur die berufliche Integration, welche im vorliegenden Fall unbestrittenermassen nicht vorhanden ist, sondern auch die soziale Integration zu würdigen gewesen wäre. Hierzu ergeben sich aus den vorliegenden Akten aber keine genügenden Informationen. Insbesondere bleibt unklar, ob die Beschwerdeführerin ausserhalb ihrer Familie eigene soziale Kontakte pflegt (freundschaftliche und/oder nachbarschaftliche Beziehungen; Vereinsaktivitäten) und ob sie eine Landessprache spricht. Entsprechendes wird von der Beschwerdeführerin auf jeden Fall nicht geltend gemacht.

3.3. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der pauschale Schluss der Vorinstanz, welche von der fehlenden beruflichen Integration und wirtschaftlichen Unabhängigkeit ohne weiteres auf die Ablehnung des Härtefallgesuches schliesst, den gesetzlichen und in der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen nicht genügt. Indem es die Vorinstanz unterlassen hat, den Fall differenziert zu behandeln und eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen, hat sie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt und die ihr zustehende Prüfungsbefugnis nicht zureichend wahrgenommen.

4.

Es drängt sich folglich auf, die Beschwerde in dem Sinne gutzuheissen, als die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, damit diese den Sachverhalt insbesondere hinsichtlich der sozialen Integration näher abklärt und sodann in Gesamtwürdigung der Situation und unter Berücksichtigung aller einschlägigen Faktoren über das Härtefallgesuch der Beschwerdeführerin neu verfügt.

5.

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 131 Abs. 1 VRG; Art. 133 VRG).

Die obsiegende Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 137 Abs. 1 VRG). Diese ist basierend auf der eingereichten Kostenliste vom 8. Oktober 2018 auf CHF 1'321.80 festzulegen (Honorar: 4 Stunden 40 Minuten à CHF 250.-, ausmachend CHF 1'166.70; Auslagen: CHF 60.60; Mehrwertsteuer von 7.7 Prozent: CHF 94.50) und dem Staat Freiburg aufzuerlegen.

6.

Bei diesem Verfahrensausgang kann das Gesuch um Gewährung der vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege (601 2018 169) als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben werden.

(Dispositiv auf nachfolgender Seite)

Der Hof erkennt:

- I. Die Beschwerde wird gutgeheissen (601 2018 168) und die Verfügung des Amtes für Bevölkerung und Migration vom 23. Mai 2018 aufgehoben.

Die Angelegenheit wird an das Amt für Bevölkerung und Migration zurückgewiesen, damit es nach weiteren Sachverhaltsabklärungen und in Gesamtwürdigung aller einschlägigen Faktoren über das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung von A. _____ neu verfügt.

- II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
- III. Der Staat Freiburg wird verpflichtet, Rechtsanwalt Marc Spescha eine Parteientschädigung für Honorar und Auslagen von CHF 1'227.30, zuzüglich einer Mehrwertsteuer von 7.7 Prozent im Betrag von CHF 94.50, ausmachend insgesamt CHF 1'321.80, zu bezahlen.
- IV. Das Gesuch um Gewährung der vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege wird als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben (601 2018 169).
- V. Zustellung.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen ab Zustellung eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden. Mit diesem Rechtsmittel kann allein die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG), wobei die Verletzung solcher Rechte konkret dargetan werden muss (Art. 106 Abs. 2 und Art. 42 Abs. 2 BGG).

Gegen die Festsetzung der Höhe der Parteientschädigung ist innert 30 Tagen die Einsprache an die Behörde, die entscheiden hat, zulässig, sofern nur dieser Teil des Entscheides angefochten wird (Art. 148 VRG).

Freiburg, 9. November 2018/dki

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin-Praktikantin: